

A. I. Nº - 298922.0002/11-8
AUTUADO - COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF
AUTUANTES - JOSÉ SÉRGIO DE SOUSA GUANABARA e LUCIANA MATHIAS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET 17.10.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0259-04/12

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos com a exclusão: **i)** de valores relativos a operações com mercadorias cuja carga tributária para operações internas equivale a 7%; **ii)** de valor relativo à operação interna; **iii)** de valores relativos a mercadorias devolvidas; **iv)** de valores comprovadamente pagos. Infração elidida em parte. 2. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS. MATERIAIS DE CONSUMO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Documentos autuados comprovam operações de transferências de mercadorias de uso e consumo do estabelecimento. Empresa concessionária de energia elétrica. Valor reduzido por exclusão de bens de ativo e por comprovação de parte do valor exigido. Infração elidida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 20/09/11 e exige ICMS no valor de R\$129.357,28, acrescido da multa de 60% em decorrência das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo e ativo permanente do estabelecimento, conforme Anexos I, II e III - R\$14.937,94. Período: agosto a dezembro 2010.
2. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, de operações de transferências interestaduais de material de uso e consumo para estabelecimento da empresa situado em outra unidade da Federação (Convênio 85/10, julho/dezembro/10) - R\$114.419,34. Período: setembro a dezembro 2010.

O autuado apresenta defesa (fls. 68/79) alegando não ser verdadeira a acusação de que deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, conforme argumentos que passou a expor, por ter a fiscalização incluído na apuração da base de cálculo do ICMS valores das notas fiscais ignorando a existência de:

- a) substituição tributária prevista no art. 370 do RICMS/BA, nota fiscal 2956;
- b) redução da base de cálculo (RBC) prevista no artigo 75, V e 77, I do RICMS/BA nas aquisições de mercadorias constantes das notas fiscais 257, 261, 262, 340, 382, 383, 9350 e 100 e 10.324;
- c) operação de aquisição de sucata de isolador de disco, conforme nota fiscal avulsa emitida pela SEFAZ nº 161.080 grafando “Mercadoria não tributada conforme art. 6º do RICMS/BA”;
- d) aquisição de relês digitais pelas NF 7217 e 7225 que foram devolvidas no mês pela NF 2156;

- e) aquisição pelas notas fiscais 319, 210 e 52 cujo valor do ICMS foi efetivamente recolhido.
- f) no período de julho a dezembro/10 efetuou o pagamento da diferença de alíquota relativo às operações de aquisições o que foi desconsiderado pela fiscalização, não restando qualquer diferença devida conforme cópia de notas fiscais que junta ao processo.

No tocante à infração 2, ressalta que a fiscalização cobra ICMS sobre as transferências de bens de consumo, mas na verdade se trata de movimentações de bens do seu ativo, a exemplo das Notas Fiscais nºs 1719, 1718, 1735, 1911, 1967 e 2206, ora anexadas, referentes a medidores de resistência, medidores de relação, disjuntores, notebooks, etc, além de outras que colaciona ao processo.

Afirma que a movimentação de material do ativo de um estabelecimento para outro da mesma empresa, encontra guarida no artigo 22 do RICMS/BA e é indevido o imposto exigido.

Argumenta ainda que mesmo admitindo-se que as movimentações tenham sido de materiais de consumo, entende que nesta hipótese, também não há incidência de ICMS visto que as operações se restringem a transferências interestaduais da CHESF para ela mesma.

Transcreve o art. 155, II da Constituição Federal (CF), discorre sobre os conceitos de “operação”, “circulação” e “mercadoria”, parte de textos de doutrinadores, decisões de Tribunais Superiores (ERE - 75026/RS – Tribunal Pleno do STF) que firmaram entendimento de inexistência de negócio, de operação, de circulação, transmissão de direitos de disponibilidade, não há “mercadoria”, porque os bens, enquanto na propriedade de quem os produziu são meros produtos e que a simples saída, não representa operação tributável.

Ressalta que o entendimento predominante no STJ é de que não há incidência de ICMS nas operações de transferência de mercadorias de um para outro estabelecimento da mesma empresa (REsp. nº 23.184-3 – PR; ED no REsp. nº 36.060-MG - 94/0034826-6 e AgR no AI nº 10.998-MG) cuja Súmula 166 estabelece que *“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”*.

Alega ainda que a fiscalização exigiu imposto relativo a doação de colchões para as vítimas de enchente ocorrida no Estado de Alagoas, consignados nas notas fiscais 1729, 1757 e 2400, cuja cobrança é indevida, em razão da *“isenção prevista no art. 18, inciso XI, do RICMS”*.

Também que foi exigido imposto relativo a nota fiscal 2244 cuja cobrança é indevida, visto que o imposto relativo a esta operação já fora pago. Diante do exposto e das provas documentais requer a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes na primeira informação discorrem sobre as infrações e passa a contestá-las (fls. 138/143). Quanto à infração 1 procederam a informação fiscal na mesma ordem do defendente:

- Nota Fiscal nº 2956: refere-se a aquisição de material de consumo e não está sujeita à hipótese de substituição tributária. Ressaltam que o CFOP 6404 é de mercadoria originária do Estado de São Paulo submetido a ST interna e não desonera o destinatário de pagar o ICMS DIFAL. Afirmam que o art. 370 do RICMS-BA não ampara o pedido de improcedência e mantêm a exigência tributária.
- Notas Fiscais nºs 257, 261, 262, 340, 382 e 383: não identificam a matrícula e prefixo da aeronave, conforme previsto no art. 75, IV, §1º do art. 75 do RICMS/BA, motivo pelo qual não pode ser aplicado o benefício fiscal nas referidas operações.
- Notas Fiscais nºs 9350, 100 e 10324: contestam que os produtos adquiridos estejam amparados pelo benefício de RBC. Afirmam que pelo confronto do Anexo I do Conv. ICMS 52/91 (art. 77 do RICMS/97) os produtos adquiridos não possuem NCM relacionadas no Anexo citado.
- Nota Fiscal nº 161.080: Dizem que diante da juntada da citada nota fiscal, verificaram que o registro no livro RE indica operação originária do Rio de Janeiro, mas ficando comprovado que se trata de nota fiscal avulsa emitida pela SEFAZ, acatam o documento fiscal embasado no art. 6º do RICMS/BA.

- Notas Fiscais nºs 7217 e 7225: as devoluções pela Nota Fiscal nº 2156 ocorreram no mês seguinte o que dificultou sua constatação. Diante da apresentação das notas fiscais, acolhem os argumentos da defesa.
- Notas Fiscais nºs 319, 210 e 52: Diante da comprovação do pagamento, acatam a documentação juntada a defesa.

Por fim, com relação ao argumento de que efetuou o pagamento da diferença de alíquota no período de julho a dezembro/10, afirmam que não procede, visto que no demonstrativo juntado ao processo, relacionaram as notas fiscais de aquisições, consideraram as devoluções, deduziram o ICMS DIFAL recolhido, o que restou nas diferenças exigidas. Mantém na íntegra esta exigência.

No tocante à infração 2, comentam as alegações defensivas e ressaltam que o art. 2º, IV e 4º, I da Lei nº 7.014/96 prevêem que as operações interestaduais com material de uso ou consumo são tributadas e não há o que retificar no lançamento. Ressaltam que o assunto está pacificado no CONSEF em suas reiteradas decisões.

Com relação aos bens relacionados nas Notas Fiscais nºs 1729, 1757 e 2400, informam que as duas primeiras foram emitidas antes da edição do Decreto nº 12.313 de 13/08/10, baseado no Convênio 85/10, que promoveu a alteração 138 do RICMS/97, com efeitos a contar da data da sua publicação. Ressalta que seus efeitos expiraram em 30/09/10 e foi prorrogado até 31/12/10.

Nesse sentido, fizeram a exclusão da Nota Fiscal nº 2400 que foi emitida no período de vigência do benefício e ratificam o procedimento em relação às Notas Fiscais nºs 1729 e 1757.

- Nota Fiscal nº 2244: Com a apresentação do comprovante de pagamento na venda de sucata, acolhem o citado documento, fazendo a exclusão do valor correspondente.

Apresentam demonstrativos à fl. 142 indicando os itens dos meses que ocorreram alterações, que com as retificações o valor do débito fica reduzido de R\$129.357,28 para R\$113.224,15.

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal o autuado manifestou-se (fls. 147/149) discordando das razões expendidas na informação fiscal nos seguintes tópicos:

- Nota Fiscal nº 100 – No campo de informação complementar consta que o produto adquirido corresponde ao item 24.10 do Convenio ICMS 52/91, sendo indevido o valor exigido, e a empresa é credora de R\$5.137,30, referente ao cálculo realizado com base no que dispõe o artigo 77 do RICMS-BA.
- Notas Fiscais nºs 1729 e 1757 referem-se a doações feitas pela CHESF às vítimas de calamidade ocorrida em Alagoas, contemplado no Convenio ICMS 85/10, sendo indevido o valor cobrado.

No tocante à infração 2, relativo a competência dezembro/10 afirma que há um equívoco no resumo, visto que a fiscalização reconheceu excesso na cobrança do imposto e a redução feita ao invés de R\$6.607,82, tal redução corresponde ao valor de R\$4.882,22. Salaria que não está concordando com o pagamento deste valor conforme razões sustentadas na impugnação.

Por fim, reitera as razões e fundamentos apresentados na impugnação, relativa aos demais tópicos da autuação e requer que o AI seja julgada totalmente improcedente.

Os autuantes prestam a segunda informação fiscal (fls. 162/163). Comentam os argumentos da manifestação e dizem que não foram trazidos novos fatos ou argumentos, afirmando:

- Nota Fiscal nº 100: a NCM consignada na mesma não está indicada no Conv. ICMS 52/91.
- Nota Fiscal nº 1729 e 1757, dizem que foram emitidas sem a devida base regulamentar, “pois são de data anterior à vigência do Dec. 12.313/10”.

Também, que não existe equívoco quanto ao valor remanescente da infração 2, visto que foram deduzidos os valores acatados. Mantém a informação fiscal anterior.

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl.164) o autuado manifestou-se às fls. 166/168. Reafirma que as mercadorias da Nota Fiscal nº 100 são contempladas pelo Conv. ICMS 52/91; Que as mercadorias consignadas nas Notas Fiscais nºs 1729 e 1757 são contempladas com isenção prevista no Art. 18, I do RICMS/97 e que com a exclusão dos valores acatados na infração 2, resulta em valor de R\$4.882,22 e não o indicado de R\$6.607,82.

VOTO

Embora a Procuração para representação do Impugnante não seja dada pelo estabelecimento autuado, mas pela CHESF matriz, dada ao princípio do informalismo que rege o Processo Fiscal e por não trazer qualquer prejuízo ao autuado e manter a oportunidade do contraditório e ampla defesa que usou, a acolho para este caso.

O Auto de Infração exige ICMS relativo à falta de recolhimento da diferença de alíquota e pelas transferências interestaduais de material de uso e consumo.

Na defesa, com relação à infração 1, o autuado alegou ser indevida a exigência de ICMS da diferença da alíquotas indevida, o que foi acatado em parte pelos autuantes.

Examinando os autos, verifico que em relação às notas fiscais:

- Nota Fiscal nº 2956 (fl. 83): refere-se à aquisição de adesivo silicone de empresa comercial localizada no Estado de São Paulo. Foi indicado o CFOP 6404 “Venda de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, cujo imposto já tenha sido retido anteriormente”. Como se trata de aquisição de material de consumo é devido o ICMS DIFAL por parte do adquirente.

- Notas Fiscais nºs 257, 261, 262, 340, 382 e 383: Quanto às operações beneficiadas com redução de base de cálculo, conforme ressaltado pelos autuantes, o Convênio ICMS 75/91 (§1º, 4, Cláusula primeira), prevê identificação na nota fiscal do prefixo das aeronaves e publicação das empresas em Ato Cotepe para fruição do benefício fiscal (art. 75 do RICMS/BA). Logo, não constando das Notas Fiscais nºs 257, 261, 262, 340, 382 e 383 (fls. 86 a 90) a identificação do proprietário ou arrendatário de aeronaves, como tais pela anotação da respectiva matrícula e prefixo, conforme também previsto no art. 75, §1º, IV, do RICMS-BA, nem satisfeita a condição de fruição do benefício fiscal como prevista no §3º do citado artigo, não pode ser aplicado o benefício fiscal nas referidas operações. Correto, portanto, é a exigência fiscal sobre essas notas fiscais.

- Notas Fiscais nºs 9350, 100 e 10324: o autuado alegou que são contempladas com redução de base de cálculo. Os autuantes contestaram afirmando que os produtos adquiridos não estão amparados com tal benefício.

Pois bem, as Notas Fiscais nºs 9350 e 10324 (fls. 91 e 93) referem-se à aquisições interestaduais de cartuchos de impressoras com destaque de ICMS com alíquota de 12%. Na Bahia, esta mercadoria possui carga tributária equivalente a 7%, conforme disposto no art. 87, V, do RICMS/BA. Portanto, tendo em vista a disciplina do Parágrafo único, II, do art. 69, do RICMS-BA, não tem pertinência a exigência tributária relativa a essas notas fiscais, pois só é devido o pagamento da diferença de alíquotas quando a alíquota interna deste Estado for superior à alíquota da unidade federada de origem e, por isso, as excluo do lançamento.

- Nota Fiscal nº 100: refere-se à aquisição de “lança articulada” (fl.92). Nas informações complementares foi grafado que tem RBC de acordo com o item 24.10 parte 4 do Anexo IV do RICMS/2002 (Estado de Minas Gerais). A NF deve ser excluída da infração, pois o item 24.10 informado nas informações complementares consta no Anexo Único do Convênio ICMS 52/91.

- Nota Fiscal nº 161.080: Verifico que conforme cópia da nota fiscal AVULSA juntada com a defesa (fl. 94) trata-se de aquisição em operação interna e não cabe a exigência do ICMS DIFAL, e, corretamente, os autuantes a excluíram do lançamento por ocasião da informação fiscal.

- Notas Fiscais nºs 7217 e 7225: Os autuantes, corretamente, as excluíram do lançamento tendo em vista que a Nota Fiscal nº 2156 (fl. 97) comprova que as mercadorias foram devolvidas.

- Notas Fiscais nºs 319, 210 e 52: Conforme demonstrativos às fls. 100/117 a empresa comprovou o pagamento, o que foi acatado pelos autuantes na informação fiscal, as excluindo da infração.

Assim, excluindo-se do demonstrativo de fl. 06, as Notas Fiscais nºs 9350, 10324, 100, 161.080, 7217, 7225, 319, 210 e 52, conforme acima expresso, e considerando os valores recolhidos e já identificados no citado demonstrativo, o valor devido pela infração 1 passa de R\$14.937,93 para R\$ 9.484,76, cujo demonstrativo de débito é o seguinte:

DEMONSTRATIVO DEBITO					
Data Ocorr.	Data Vencto.	Base Calc.	Alíquota	Multa %	Vlr ICMS
Infração 01					
30/09/2010	09/10/2010	493,00	10%	60	49,30
30/11/2010	09/12/2010	50.124,20	10%	60	5.012,42
31/12/2010	09/01/2011	44.230,40	10%	60	4.423,04
Total Geral					9.484,76

Infração procedente em parte.

Quanto à infração 2, o autuado alegou que embora acuse transferência de material de consumo:

- Que as movimentações realizadas pela CHESF não foram de materiais de consumo **e sim de bens do seu ativo**, a exemplo das Notas Fiscais nºs 1719, 1718, 1735, 1967 e 2206, de medidores de resistência, medidores de relação, disjuntores, notebooks, etc, que são amparadas com isenção (art. 22 do RICMS/BA);
- Que mesmo se admitindo que tenham sido de materiais de consumo, entende que não há incidência de ICMS por se tratar de operações de transferências interestaduais para ela mesma;
- Que as Notas Fiscais nºs 1729, 1757 e 2400 são relativas a doação de colchões para as vítimas de enchente em Alagoas isentas de ICMS na forma do art. 18, XI, do RICMS-BA;
- Que a Nota Fiscal nº 2244 se refere a operação com sucata e teve o imposto pago.

Por sua vez, os autuantes informam que o Impugnante traz questão de interpretação do que são bens de consumo ou de ativo fixo, adentrando no aspecto constitucional de incidência ou não de ICMS e manifestam entendimento que dizem pacificando em decisões deste CONSEF, qual seja o da incidência tributária nas operações interestaduais nas transferências de material de uso e consumo, com base nos arts. 2º, IV, e 4º, I, da Lei nº 7.014/96.

Sobre as Notas Fiscais nºs 1729, 1757 e 2400 que se referem à doação de colchões às vítimas de enchente em Alagoas, apenas excluíram a Nota Fiscal nº 2400 em face de emissão no período de vigência do benefício fiscal que contempla a operação.

Também excluíram a Nota Fiscal nº 2244, relativa à venda de sucata, cujo comprovante de pagamento do tributo foi trazido aos autos junto à impugnação.

Analisando a infração, constato o seguinte: **a)** exceto as Notas Fiscais nºs 1757 (6.910 - Remessa em bonificação, doação ou brinde), 1884 e 2244 (6.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado), o demonstrativo de fls. 10-14 (Anexo IV), informa que o próprio contribuinte autuado indicou o CFOP 6557 (Transferência de Material de Uso e Consumo), nas notas fiscais objeto da autuação; **b)** exceto a NF-e 2206 contemplando 07 (sete) notebooks, se vê no CD de fl. 136 anexado pelo Impugnante que as NF's-e objeto da autuação - como bem apõe o autuado emitente -, informam, indubitavelmente, transferência de mercadoria típica de uso e consumo do estabelecimento autuado, tais como: materiais de escritório e expediente (cartuchos para impressora, papel para copiadoras, pendrives, envelopes, canetas, lapiseiras, mouses, classificadores, pasta de expediente), frascos, seringas, amostra de óleo, óleo lubrificante, botinas, disjuntores, juntas, cabos, luvas, medidores de resistência, hastes, pneus, capacitores, sílica gel, bucha de tensão, porcas, parafusos, anel de vedação, roteador, camisa, cartões telefônicos, corda, sacolas, capacetes de segurança, lâmpadas, óculos de segurança, luvas de segurança, conversor, estabilizadores de tensão, bloqueador solar e eletrólito de bateria.

Pois bem, o art. 22, IV do RICMS/BA estabelece que:

Art. 22. São isentas do ICMS as operações com energia elétrica, bem como as movimentações de bens do ativo de concessionárias de energia elétrica:

IV - nas saídas de bens destinados a utilização ou a guarda em outro estabelecimento da mesma empresa, quando efetuadas por estabelecimento de empresa concessionária de serviço público de energia elétrica (Conv. AE 5/72 e Convs. ICMS 33/90, 100/90, 80/91 e 151/94).

Portanto, sendo beneficiária de isenção sobre as movimentações de bens de ativo entre estabelecimentos da mesma empresa, sem distinção de operações internas ou interestaduais, afasto a exigência de R\$ 2.184,00, correspondente à NF-e 2206, emitida em novembro 2011 que informa a transferência de sete notebooks que, por serem bens de uso prolongado passíveis de depreciação, instalação, desinstalação e reinstalação mantendo características originais, podem ser considerados bens do ativo do autuado, cuja atividade empresarial é a prevista no dispositivo legal da isenção.

Do mesmo modo também deve ser excluída da infração o valor de R\$ 14.240,11, relativo à NF-e 2244 (fl. 125), emitida em dezembro 2010, por se tratar de venda de sucata, cujo imposto incidente consta do DAE de fl. 123.

Quanto às NF's-e 1729, 1757 e 2400, independentemente do parcial acolhimento da razão defensiva pelos autuantes, elas devem ser mantidas no lançamento tributário de ofício, tendo em vista que o Convênio ICMS 85/10 isenta de ICMS as doações de mercadorias destinadas aos Estados de Alagoas e Pernambuco para prestação de socorro, atendimento e distribuição às vítimas das calamidades climáticas ocorridas naqueles Estados, e as citadas NF's-e informam mera transferência de mercadoria típica de uso e consumo entre o estabelecimento autuado e outros seus estabelecimentos situados em Alagoas (NF's-e 1729 e 1757) e Sergipe (NF-e 2400), estado este não contemplado pelo citado convênio.

Desse modo, considerando que as demais operações registram transferências de mercadorias destinadas ao uso e consumo do autuado, portanto, tributáveis (arts. 2º, IV e 4º, I, da Lei nº 7.014/96), o demonstrativo de débito da infração 2 deve ser modificado apenas na exigência da ocorrência 30/11/2010 de R\$ 7.561,41 para R\$ 5.377,41 e da de 31/12/2010 de R\$ 21.307,93 para R\$ 6.067,82, pelo que o imposto devido pela infração passa de R\$ 114.419,34 para **R\$ 96.995,23**.

Infração procedente em parte.

Em face do exposto voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298922.0002/11-8**, lavrado contra **COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$106.479,99**, acrescido da multa de 60% previstas no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INACIO DE AQUINO - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA